

VU Research Portal

Moet de NMa een zelfstandig bestuursorgaan worden?

Zijlstra, S.E.

published in

Markt en Mededinging
2000

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Zijlstra, S. E. (2000). Moet de NMa een zelfstandig bestuursorgaan worden? *Markt en Mededinging*, (4), 154-157.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



Mededinging & bestuursrecht

Moet de NMa een zelfstandig bestuursorgaan worden?

prof. mr S.E. Zijlstra

Minister Jorritsma heeft aangekondigd dat de Nederlandse mededingingsautoriteit (NMa) zal worden omgevormd tot een zelfstandig bestuursorgaan ('zbo'). Is dat een goed idee? Wat is er voor nodig om dat te bewerkstelligen, en wat zijn dan de staats-, bestuurs-, privaatrechtelijke en strafrechtelijke consequenties?

Inleiding: de huidige juridische positie van de NMa

Een gedeconcentreerd ambt

Als we het hebben over 'de NMa' en haar positie, gaat het eigenlijk over de directeur-generaal (d-g). De d-g is het bevoegde bestuursorgaan, niet de organisatie waaraan hij leiding geeft. De d-g NMa is een gedeconcentreerd ambt, vergelijkbaar met de belastinginspecteurs en de officieren van justitie. Deconcentratie kenmerkt zich door het feit dat het betrokken ambt zijn bevoegdheden rechtstreeks door de wetgever geattribueerd heeft gekregen.

De figuur van het gedeconcentreerde ambt is betrekkelijk uitzonderlijk. Gebruikelijk is, dat bevoegdheden worden toegekend aan de top van de bestuurlijke piramide (de minister of, bij gemeenten, het college van burgemeester en wethouders). In het voorontwerp voor de vierde tranche Awb, waarin een regeling over attributie aan ambtenaren is opgenomen, wordt een aantal redenen genoemd waarom de wetgever er soms voor kiest bevoegdheden rechtstreeks

aan ambtenaren toe te kennen in plaats van aan de minister. Genoemd worden de overwegingen om wettelijk te garanderen dat de uitoefening van een bevoegdheid geografisch gespreid wordt, om een speciaal daarvoor opgerichte of anderszins geschikte dienst met de uitoefening te belasten, dan wel om te bewerkstelligen dat degene die met de betrokken bevoegdheid wordt belast, aan bijzondere wettelijke eisen van bekwaamheid (opleiding, ervaring) voldoet.¹

Bij de NMa gaan het eerste en het laatste argument niet op. Anders dan de belastinginspecteur en de officier van justitie heeft de d-g NMa het gehele land tot werkgebied. Bijzondere wettelijke eisen van bekwaamheid bevat de Mededingingswet niet voor de d-g. Het gaat bij de NMa om toepassing van het tweede motief, namelijk een speciaal daarvoor opgerichte of anderszins geschikte dienst met de uitoefening van de bevoegdheid te belasten. Wat uitdrukkelijk *niet* aan de orde is, is juridische zelfstandigheid van de NMa.

Ondergeschikt aan de minister

Uit de aard van deconcentratie volgt, dat het ambt ondergeschikt blijft aan de hiërarchische superieur, in dit geval de minister. Dit is overigens lang niet altijd onomstreden geweest. Vroeger werd wel verdedigd dat het feit dat de wetgever een bevoegdheid aan een (ondergeschikte) ambtenaar attribueert, voor die ambtenaar een zekere – hoeveel was niet duidelijk – zelfstandigheid ten opzichte

prof. mr S.E. Zijlstra is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit.

¹ Commissie Wetgeving algemene regels van bestuursrecht, *Voorontwerp vierde tranche Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: Sdu 1999, p. 143-144.

van de minister meebrengt. Sinds de *Wibo van der Linde-affaire*² is echter de heersende leer dat attributie de ondergeschiktheidsrelatie niet doorbreekt.³ Deze heersende leer zal, als het aan het voorontwerp van de Commissie-Scheltema ligt, in de Algemene wet bestuursrecht worden neergelegd.⁴

Attributie aan ondergeschikten doorbreekt dus niet de ondergeschiktheidsrelatie, dat wil zeggen de bevoegdheid voor de bovengeschikte om algemene en bijzondere aanwijzingen te geven. In de Mededingingswet is hierover overigens geen twijfel gelaten, want in artikel 2 lid 1 is uitdrukkelijk bepaald dat de NMa 'ressortteert onder Onze Minister'. Voorts spreekt de wet expliciet van het geven van aanwijzingen in individuele gevallen (artikel 4 lid 4). Dat in die bepaling de aanwijzingsbevoegdheden van de minister procedureel zijn geclausuleerd (algemene aanwijzingen aan de d-g moeten in beleidsregels worden neergelegd en in de Staatscourant worden gepubliceerd en bijzondere aanwijzingen moeten schriftelijk worden gegeven en worden gevoegd in het dossier), doet aan de ondergeschiktheid overigens niet af; vergelijk ook de artikelen 127 en 128 van de Wet op de rechterlijke organisatie (horen van het College van procureurs-generaal bij aanwijzingen van de minister van Justitie aan het OM voor individuele gevallen van opsporing en vervolging; schriftelijkheid; motivering; voeging bij de processtukken; mededeling aan de Staten-Generaal).

Staatsrechtelijk gezien is de d-g dus ondergeschikt aan de minister, en is deze laatste volledig verantwoordelijk voor de wijze waarop de d-g zijn bevoegdheden uitoefent.

Overeenkomsten en verschillen met mandaat

Het is goed in dit verband kort te schetsen wat de overeenkomsten en verschillen zijn met de situatie dat de d-g de bevoegdheden op grond van de Mededingingswet in *mandaat* zou uitoefenen. Belangrijkste overeenkomst met mandaat is de bevoegdheid van de minister algemene en bijzondere aanwijzingen te geven, en daarmee diens volledige politieke verantwoordelijkheid voor de bevoegdheidsuitoefening door de d-g NMa. Daarnaast is in beide gevallen de minister het bevoegde orgaan om te beslissen op klachten over gedragingen van de d-g (artikel 9:2 Awb) en op verzoeken op grond van de Wet openbaarheid van bestuur terzake van stukken van de NMa (Vz. Afd. rechtspraak Raad van State 11 juni 1985, KG 205; artikel 2.3.2.2 voorontwerp vierde tranche Awb), een en ander onverminderd de mogelijkheid deze bevoegdheden te mandateren aan de d-g (artikel 10:3 Awb). Belangrijkste verschillen betreffen allereerst het feit dat bij mandaat de bevoegdheid op naam van de minister wordt uitgeoefend (artikel 10:1 Awb), en bij attributie op eigen naam door de d-g. Daarnaast is bij behoefte aan spreading van bevoegdheden binnen de NMa bij mandaat de machtiging van de minister vereist (ondermandaat: artikel 10:9 Awb), terwijl bij attributie de d-g hiertoe zelf kan beslissen (artikel 10:3 Awb). Ten slotte liggen er verschillen

bij het beslissen op een bezwaarschrift en het zijn van procespartij in een geschil bij de bestuursrechter (bij mandaat de minister, bij attributie de d-g), bij het vaststellen van beleidsregels (idem) en bij het nemen van een zuiver schadebesluit (idem⁵).

In verschillende commentaren op het voorontwerp vierde tranche Awb is de vraag gesteld naar de meerwaarde van attributie aan ondergeschikten boven mandaat.⁶ Belangrijk voordeel van attributie aan een dienst als de NMa is dat de uitoefening van de betrokken bevoegdheid door de betrokken dienst wettelijk gegarandeerd is, terwijl dat bij mandaat aan de minister wordt overgelaten, en deze de bevoegdheid nog steeds zelf kan uitoefenen (artikel 10:7 Awb). Nu zou de wetgever theoretisch natuurlijk ook de minister kunnen verplichten tot mandaat aan de NMa, met een verbod van toepassing van artikel 10:7 Awb, maar dat is wezensvreemd aan mandaat.

Hoe wordt de NMa een zelfstandig bestuursorgaan?

Van een zelfstandig bestuursorgaan is sprake wanneer de minister geen aanwijzingen in individuele gevallen (zogenoemde bijzondere aanwijzingen) kan geven. Wat de NMa betreft betekent dat dus, dat in ieder geval in artikel 2 lid 1 de woorden 'die ressortteert onder Onze Minister' moeten worden geschrapt. Voorts dient de regeling inzake de aanwijzingen in individuele gevallen (artikel 4 lid 4), te vervallen. Het geven van algemene aanwijzingen, al dan niet in de vorm van beleidsregels, verdraagt zich op zichzelf wel met het zijn van zelfstandig bestuursorgaan. Of een dergelijke bevoegdheid in dit geval wenselijk zou zijn, blijft hier verder buiten beschouwing.

- 2 Van der Linde, tv-presentator, klaagde bij de toenmalige staatssecretaris van Financiën over de hoogte van zijn belastingaanslag. De staatssecretaris gaf de inspecteur een aanwijzing de aanslag in voor Van der Linde gunstige zin bij te stellen. Deze handelwijze is aanleiding geweest voor een uitvoerige discussie over de juridische positie van de belastinginspecteur (zelfstandig of ondergeschikt). Zie Kamerstukken II 1985/86, 19 022, nr. 8 (advies M. Scheltema) en nr. 10 (verslag van een hoorzitting) en het advies van P. de Haan en H.J. de Ru aan de Federatie van verenigingen van inspecteurs en adjunct-inspecteurs, Delft/Amsterdam 1985.
- 3 Zie de literatuur, genoemd in het voorontwerp vierde tranche Awb (a.w., p. 146).
- 4 Artikel 10.1.3.1 voorontwerp: Indien een bevoegdheid is toegedeeld aan een persoon of college, werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, kan dit bestuursorgaan per geval of in het algemeen instructies geven ter zake van de uitoefening van die bevoegdheid (a.w., p. 22).
- 5 Dat de ambtenaar met een geattribueerde bevoegdheid ook bevoegd is tot het nemen van een zuiver schadebesluit ter vergoeding van schade, veroorzaakt door een onrechtmatige uitoefening van die bevoegdheid, moet mijns inziens worden aangenomen, maar staat overigens nog niet vast. Zie ABRs 12 augustus 1999, AB 327 m.nt. MSV over een geval van *gepretendeerde* eigen bevoegdheid.
- 6 De werkgroep uit de Vereniging voor bestuursrecht (VAR) heeft deze vraag in haar commentaar als vraagpunt opgeworpen (VAR-werkgroep Vierde tranche Awb, *De Vierde tranche Awb. Commentaar en vraagpunten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 57). Tijdens de studiedag die aan het commentaar werd gewijd is dit vraagpunt besproken noch in stemming gebracht (a.w., p. 66-67).

Een enigszins merkwaardige figuur is die van artikel 47 Mededingingswet: de Minister kan, nadat de directeur-generaal een vergunning voor het tot stand brengen van een concentratie heeft geweigerd, op een daartoe strekkende aanvraag besluiten die vergunning te verlenen indien naar zijn oordeel gewichtige redenen van algemeen belang die zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging, daartoe nopen. De figuur is merkwaardig, omdat zij in het bestuursrecht niet goed te plaatsen is: zij houdt het midden tussen administratief beroep en spontane vernietiging, maar verschilt van beide op fundamentele punten. Wat ook zij van de vraag of de wetgever niet beter bij de bestaande figuren had kunnen aansluiten, na verzelfstandiging zal zij moeten vervallen, dan wel worden omgezet in een bevoegdheid tot vernietiging in de zin van artikel 10:33 Awb, en dan zo scherp mogelijk worden geclausuleerd.

Juridische gevolgen van verzelfstandiging van de NMa

Staatsrechtelijke gevolgen

Na de verzelfstandiging is de minister niet meer volledig verantwoordelijk. Dat betekent niet dat hij er in de Tweede Kamer niet meer op zal worden aangesproken – de Kamer trekt zich bij incidenten van de beperkingen van de ministeriële bevoegdheden meestal niet veel aan – maar wel dat de uitkomst van dat debat niet kan zijn dat een de Kamer onwelgevallige beslissing van de NMa wordt teruggedraaid; immers, een motie van die strekking heeft geen effect, nu de minister geen zeggenschap meer heeft over individuele gevallen.

Voor het overige bestaat er ministeriële verantwoordelijkheid voorzover de minister bevoegdheden heeft, hetgeen afhangt van de concrete vormgeving van de toezichtsrelatie minister-NMa. Te denken valt aan het stellen van beleidsregels, de bevoegdheid tot schorsing en vernietiging, goedkeuring van financiële beslissingen zoals de begroting, etc.

Bestuursrechtelijke gevolgen

Op een aantal punten verandert er bestuursrechtelijk niets. De d-g neemt in de huidige situatie besluiten op eigen naam, en dat zal ook na de verzelfstandiging het geval zijn. Ook is hij in beide situaties bevoegd te beslissen op bezwaarschriften. Wel treedt een verandering op waar het betreft het klachtrecht, de bevoegdheid, te beslissen op verzoeken op grond van de Wet openbaarheid van bestuur, en de bevoegdheid een zuiver schadebesluit te nemen; die verschuiven naar de NMa.

Privaatrechtelijke gevolgen

De NMa behoort nu tot de rechtspersoon de staat (zie artikel 2:1 BW). Wanneer we naar vergelijkbare verzelfstandigingen kijken, mag worden aangenomen dat een verzelfstandigde NMa rechtspersoonlijkheid zal krijgen.⁷ Dat

betekent dat schadevergoeding terzake van onrechtmatige besluiten of andere handelingen ten laste van het eigen vermogen zal gaan. Voorts zullen nu op eigen naam privaatrechtelijke rechtshandelingen kunnen worden verricht (zo daar behoefte aan zou bestaan).

Strafrechtelijke gevolgen

Nu de NMa onderdeel vormt van de rechtspersoon de staat, vallen haar handelingen onder de strafrechtelijke immuniteit die de staat in de zogeheten Pikmeer-jurisprudentie⁸ wordt toegeschreven. Krijgt zij echter eigen rechtspersoonlijkheid, dan kan zij (evenals haar medewerkers) strafrechtelijk vervolgd worden indien bij de uitoefening van haar taak strafbare feiten worden gepleegd.

Waarom een zelfstandig bestuursorgaan? Toetsing aan de aanwijzingen voor de regelgeving

Ministeriële verantwoordelijkheid bewerkstelligt parlementaire controle op de uitvoerende macht in het staatsbestel, en is daarom van centrale betekenis in een democratische rechtsstaat.⁹ Voor instelling van een zelfstandig bestuursorgaan, waarmee de ministeriële verantwoordelijkheid voor de uitoefening van openbaar gezag wordt beperkt, moeten dan ook goede redenen zijn. Daarom is in de Aanwijzingen voor de regelgeving (Stcrt. 1996, 177) bepaald dat zbo's *uitsluitend* mogen worden ingesteld om een drietal redenen¹⁰, waarbij dan ook nog eens uitdrukkelijk wordt geëist dat de voordelen van vermindering van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de betrokken bestuurstaak moet opwegen tegen de nadelen van verminderde mogelijkheden van controle door de Staten-Generaal (aanw. 124c).

De eerste reden die de Aanwijzingen valide achten voor het gebruik van een zbo is dat behoefte bestaat aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid (aanw. 124c, onder a). Het gaat daarbij om een zbo waarvan de bevoegdheid zich *naar haar aard* niet leent voor uitoefening door de minister of een daaraan ondergeschikt orgaan (zoals het vaststellen van de verkiezingsuitslag (Kiesraad), toezicht op de media (Commissariaat voor de media), het verdelen van kunstsubsidies (de

7 Zie voor een relativering van de betekenis hiervan mijn samen met J.B.J.M. ten Berge geschreven preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging van dit jaar, *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31-54.

8 HR 6 januari 1998, AB 45 m.nt. ThGD (Pikmeer II).

9 Zie daarover uitgebreid dzz., *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: VUGA, 1997, p. 195-247.

10 Naast deze drie motieven zijn er nog motieven die voor alle drie de typen gelden, zoals machtenscheiding en het betrekken van specifieke deskundigheid bij het openbaar bestuur. Zie dzz., a.w. 1997, p. 196, en voor vergelijkbare maar op onderdelen afwijkende typologieën, J.L. Boxum, J. de Ridder en M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen in soorten*, Kluwer: Deventer 1989, p. 18-49 en aanwijzing 124c van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Kunsthondsen), het doen van wetenschappelijk onderzoek etc.). De tweede reden betreft strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen (idem, onder b). Bij dit type *scheiding van beleid en uitvoering* gaat het om het toekennen aan een zelfstandig bestuursorgaan van de bevoegdheid tot het nemen van beschikkingen, vaak in een groot aantal individuele gevallen ('beschikkingenfabriek'), dan wel tot het verrichten van routinematige feitelijke werkzaamheden die niet aan de markt kunnen worden overgelaten (zoals in de nutssectoren, maar ook het beheer van de openbare ruimte zoals Staatsbosbeheer). Bij het *participatietype* (idem, onder c), ten slotte, gaat het om het betrekken van (organisaties van) belanghebbenden bij het openbaar bestuur.

Hoe verhoudt zich dit tot de NMa? Van een *beschikkingenfabriek* is geen sprake, integendeel zelfs: de NMa is een fraai voorbeeld van het aan de beschikkingenfabriek spiegelbeeldige 'boeteatelier'¹¹. Ook *participatie* is bij de NMa niet aan de orde. Wel voldoet de NMa aan het criterium dat het hier een bevoegdheid betreft waar de politiek zich niet of slechts zeer terughoudend mee moet bemoeien. Daarbij gelden twee overwegingen. De eerste is, dat de NMa ook moet oordelen, en ook al heeft geoordeeld¹², over mededingingsaspecten van overheidsorganisaties of voormalig overheidsorganisaties. Het brengt de NMa en daarmee de minister in een merkwaardige positie als de NMa moet oordelen dat een bepaalde privatisering niet of niet in deze vorm kan plaatsvinden, dan wel dat een bepaalde samenwerking van geprivatiseerde of (semi-)publieke bedrijven in strijd is met de Mededingingswet. Vergelijkbare overwegingen liggen ten grondslag aan het feit dat de OPTA een zbo is.

Dit probleem is echter op zichzelf onvoldoende om de NMa over de hele linie tot een zbo om te vormen; het zou immers ook kunnen worden opgelost door een enkele doorbreking van de ondergeschiktheidsrelatie als het gaat om een oordeel over een overheidsonderneming (vergelijk de situatie bij het openbaar ministerie, waar de ondergeschiktheidsrelatie is doorbroken als het gaat om vervolging van ministers, doordat deze is opgedragen aan een afzonderlijke functionaris, de procureur-generaal bij de Hoge Raad; zie artikel 111 lid 1 onder a Wet op de rechterlijke organisatie). Een andere overweging leidt echter wél tot deze conclusie. Daartoe kan een vergelijking worden getrokken met de zelfstandigheid die De Nederlandsche Bank NV en nu de Europese Centrale Bank op het terrein van het monetair beleid bezitten. Als het beheren van de geldreserves en de beslissingen omtrent geldschepping worden gelegd bij een minister of een aan een minister ondergeschikte dienst, ontstaat het risico dat zij worden misbruikt of althans niet volledig worden beheerst door overwegingen van goed monetair beleid. Eenzelfde risico bestaat bij het geven van een bindend oordeel omtrent mededinging, waarbij een politiek belang bij een bepaald oordeel groot kan zijn, en een navenante neiging tot sturing kan ontstaan. Nu is de aanwijzing die de minister de

d-g kan geven wettelijk openbaar¹³, waarmee het risico van misbruik of oneigenlijk gebruik belangrijk is gereduceerd, maar het is niet ondenkbaar dat bij de aanwijzing andere, in het licht van de Mededingingswet oneigenlijke, motieven – tevens – een rol spelen.

Er is mijns inziens dan ook goede reden de NMa te verzelfstandigen. En dan niet in een stichting zoals de Stichting toezicht effectenverkeer of de Stichting Verzekeringskamer, maar in een publiekrechtelijk vormgegeven¹⁴ zelfstandig bestuursorgaan.

11 Zie daarover O.J.D.M.L. Jansen en W.G.A. Hazewindus, *Van boeteatelier tot boetefabriek*, Kluwer: Deventer 1995.

12 Zie bijvoorbeeld het besluit inzake concentraties in de meldingsfase van 29 september 1998, nr. 4/45.b01, waarbij het ging om een voorgenomen concentratie in de zin van artikel 27 van de Mededingingswet tussen de NV Samenwerkende elektriciteits-productiebedrijven (Sep), de NV Electriciteits-Produktie maatschappij Oost- en Noord-Nederland (EPON), de NV Electriciteits-Produktie maatschappij Zuid-Nederland (EPZ), de NV Electriciteitsbedrijf Zuid-Holland (EZH) en de NV Energieproductiebedrijf UNA (UNA). Het voornemen was gemeld in Stcrt. 1998, 3.

13 Zij zal, omdat zij een besluit in de zin van de Awb is, ook moeten worden gemotiveerd (artikel 3:46 en 3:47 Awb).

14 Zie aanwijzing 124b lid 5 van de Aanwijzingen voor de regelgeving: Door de overheid worden geen privaatrechtelijke organisaties opgericht met het oogmerk daaraan openbaar gezag toe te kennen.